

# Tra *capability theory* e *purposive approach*: appunti sulla prospettiva 'rimediale' di Riccardo Del Punta

Stefano Giubboni

## 1. Premessa

La riflessione teorica – epistemologico-metodologica, in particolare – occupa notoriamente un posto centrale nella ricerca di Riccardo Del Punta (RDP), a partire quantomeno dai primi anni Duemila<sup>1</sup>. Negli ultimi anni questa esigenza di riflessione sui fondamenti – teorici e assiologici – del diritto del lavoro ha conosciuto una ulteriore maturazione nel pensiero di RDP, assumendo una più profonda inclinazione, che non esiterei a definire propriamente filosofica<sup>2</sup>. È da questa prospettiva di lungo corso che RDP si è – direi quasi naturalmente – accostato a due dei filoni di studi che egli considerava metodologicamente tra i più

<sup>1</sup> Basti pensare a Del Punta 2001; 2002; 2013.

<sup>2</sup> Cfr. Del Punta 2019, 83, ove – sulla scia di Collins, Lester e Mantouvalou 2018 – afferma esplicitamente che «the *reapplication of philosophical concepts* could, in principle, be a productive strategy» (il corsivo è nell'originale). Si tratta peraltro di una antica inclinazione, risalente ai suoi esordi giovanili, come ha ricordato lo stesso Riccardo ripercorrendo il rapporto, sofferto sotto questo profilo, con Giuseppe Pera: «da giovanissimo studioso, quasi mi vergognavo di fare note a sentenza, mentre i miei coetanei si lanciavano in audaci teorizzazioni: una sofferenza accresciuta dal fatto che a me, diversamente da Pera, le teorie, anche e soprattutto filosofiche, piacevano e piacciono tuttora» (così Del Punta 2018, 166). Si è soffermato su questo tratto, così importante nella complessa e multiforme personalità intellettuale di RDP, anche Ichino 2022, nel suo ricordo.

Stefano Giubboni, University of Perugia, Italy, stefano.giubboni@unipg.it, 0000-0002-6644-7169

Referee List (DOI 10.36253/fup\_referee\_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup\_best\_practice)

Stefano Giubboni, *Tra capability theory e purposive approach: appunti sulla prospettiva 'rimediale' di Riccardo Del Punta*, ©Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.35, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 603-614, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

innovativi e promettenti anche nella nostra materia: il *capability approach* (di seguito anche solo CA) nella versione originariamente elaborata da Amartya Sen e ripresa e sviluppata (pur con significative differenze) da Martha Nussbaum<sup>3</sup>, di cui Del Punta è stato tra i principali e più raffinati sostenitori tra i giuslavoristi, partecipando da protagonista al dibattito internazionale (cfr. Del Punta 2016; 2019); e l'approccio *purposive* al diritto del lavoro di Guy Davidov (Davidov 2016), apprezzato soprattutto per il suo pragmatismo anti-ideologico e per la linearità degli svolgimenti analitici (si veda Del Punta 2017).

In questo personale tributo alla sua memoria mi propongo di collocare l'originale posizione assunta da RDP in questo dibattito nell'ambito della più ampia discussione svoltasi in questi anni in Italia sulla opportunità di affrontare i principali nodi problematici della nostra materia in una rinnovata «prospettiva rimediale»<sup>4</sup>, superando logiche ancorate alla tradizionale visione tutoria e paternalistica della fattispecie fondativa del diritto del lavoro, con il suo corollario fisso di tutele inderogabili. Nel farlo, procederò in quest'ordine: mi soffermerò dapprima sui tratti salienti dell'originale contributo offerto da RDP al *capability approach* al diritto del lavoro e sulla posizione di pragmatico favore che egli ha assunto nei confronti della proposta metodologica di Guy Davidov; riprenderò quindi le principali obiezioni che già altri hanno autorevolmente mosso alla adeguatezza teorica ed euristica, in particolare della prima delle due proposte, aggiungendovi taluni spunti di riflessione tratti da due casi di studio tanto emblematici quanto problematici, visti nella evocata ottica rimediale; concluderò, infine, con considerazioni critiche di carattere più generale sull'utilizzo *purposive*, per così dire, dell'uno o dell'altro (come di qualunque altro) approccio teorico o modello analitico a fini di politica del diritto.

## 2. Il *capability approach* e l'approccio *purposive* nella riflessione teorica di Riccardo Del Punta

Spererei di non sbagliare nell'affermare che RDP abbia trovato nel CA la principale chiave teorico-metodologica per costruire quella «terza via» tra le impostazioni di segno neoliberale (tipicamente la *Law and Economics*, almeno nelle sue correnti maggiormente intrise di dogmatismo microeconomico neoclassico)<sup>5</sup>, cui era contrario, e gli orientamenti reattivo-conservativi, come li aveva definiti, della dottrina giuslavoristica a suo dire ancora prevalente in Italia, che pure gli apparivano sbagliati o quantomeno inadeguati in quanto nostalgicamente ancorati al retaggio socialdemocratico novecentesco di impronta sinzheimeriana, dominato da un atteggiamento fondamentalmente anti-mercato e ostile alle ra-

<sup>3</sup> Ha voluto ricapitolare le principali differenze la stessa Nussbaum 2019.

<sup>4</sup> Non è questa la sede per ripercorrere in modo puntuale una discussione che è, come noto, assai ricca e articolata; lo ha del resto fatto in termini molto precisi (e condivisibili) Zoppoli 2022, cui posso senz'altro rinviare.

<sup>5</sup> Del Punta 2020a era, ovviamente, pienamente avvertito delle significative differenze di approccio interne a quel «movimento», in particolare tra Calabresi e Posner.

gioni dell'impresa (si veda diffusamente Del Punta 2020b). A tal fine, peraltro, RDP ha dovuto in qualche modo elaborare una propria versione giuridicamente evoluta (in certo senso «qualificata» e «sostanziata») del modello seniano, nella piena consapevolezza che il CA – anche nella variante riveduta da Nussbaum con una esplicita definizione in chiave costituzionale di un nucleo di *capabilities* fondamentali (Nussbaum 2019, 70) – non avrebbe di per sé supportato una tale sofisticata operazione di rivisitazione dei fondamenti concettuali e normativi – cioè dei fini e dei mezzi – del diritto del lavoro.

Nel *capability approach* di Sen<sup>6</sup> il diritto del lavoro non trova, infatti, come riconosceva lo stesso Del Punta<sup>7</sup>, alcuno spazio di un qualche rilievo<sup>8</sup>. Fondamentalmente, l'approccio seniano assume come suo campo di applicazione elettivo le teorie dello sviluppo, innovandole sotto il decisivo profilo dei modi di misurazione del benessere collettivo (si veda per tutti Collins 2019, 26). Gli elementi analitico-normativi essenziali del suo innovativo approccio teorico sono noti e si muovono tutti in un orizzonte problematico rispetto al quale il diritto del lavoro è, in quanto tale, fondamentalmente estraneo (salvo che per presupposti «basici», come tali relativamente incontrovertibili, almeno nelle liberaldemocrazie dell'Occidente).

Come noto, la struttura portante del CA di Sen si basa su tre elementi essenziali: i funzionamenti, le capacità o capacitazioni (secondo la traduzione per lo più in uso della parola inglese)<sup>9</sup> e i fattori di conversione<sup>10</sup>. I funzionamenti riflettono valori o preferenze di natura soggettiva, trattandosi di cose o stati che una persona reputa abbia importanza fare o essere (dai più basilari, come essere adeguatamente nutrito e privo di malattie, a quelli più complessi, come prendere parte attiva alla vita della comunità in una situazione di *self-respect*). Le capacitazioni esprimono quella concreta forma di libertà sostanziale di cui la persona riesce a godere per realizzare le diverse combinazioni di funzionamenti desiderati e perseguiti, mentre i fattori di conversione sono quei meccanismi, o strumenti, di natura anche istituzionale, che consentono per l'appunto di convertire le *capabilities* in *functionings*. È chiaro come, riguardato dalla altezza di

<sup>6</sup> Cfr. principalmente Sen 2000; 2010.

<sup>7</sup> Si veda Del Punta 2016. Ma si tratta di considerazione che accomuna quanti si sono occupati del tema: si veda ad es. Langille 2019a, 1.

<sup>8</sup> Del resto, neppure Martha Nussbaum ha attribuito al diritto del lavoro un rilievo significativo nell'ambito della propria versione – pur attenta, a differenza di quella di Sen, alla dimensione costituzionale – della teoria delle *capabilities*. Nel suo più specifico contributo alla discussione tra i giuslavoristi, Nussbaum 2019 – ribadendo un approccio che essa stessa ha definito «minimale» alla teoria della giustizia – ha ricordato come l'apporto del *capability approach* al diritto del lavoro in senso proprio resti piuttosto limitato (ai diritti umani fondamentali), riguardando, semmai, aree tradizionalmente non governate o comunque scarsamente regolate dal diritto del lavoro, come il lavoro domestico informale e quello di cura delle donne, in specie nei Paesi in via di sviluppo.

<sup>9</sup> Cfr. la traduzione italiana di Sen 2000, 76 sgg. Ma è usata anche la prima: si veda più di recente Granaglia 2022, 4 sgg.

<sup>10</sup> Si veda la sintesi proposta da Deakin 2019, 144.

questa astrazione analitica, il CA non abbia di per sé molto da dire – salvo forse che sul piano di talune basilari precondizioni – su quel sofisticato campo normativo nel quale siamo soliti identificare ciò che chiamiamo diritto del lavoro. Per questo, i giuslavoristi che hanno fatto ricorso al *capability approach* lo hanno dovuto adattare – con arricchimenti più o meno significativi – al fine di trarne direttive utili, vuoi sul piano analitico, vuoi su quello prescrittivo.

Simon Deakin, per esempio, già dai primi anni Duemila vi ha fatto ricorso, insieme a Frank Wilkinson, per articolare un modello di analisi neo-istituzionalistica del mercato del lavoro alternativo agli assunti della teoria neoclassica *standard*, giustificando per tal via il rilievo costitutivo dei diritti sociali (si veda Deakin, Wilkinson 2000). Come ha ricordato di recente lo stesso Deakin, in questa prospettiva, già arricchita ed evoluta, «the capability approach is particularly relevant to the debate about the economic effects of labour law because it suggests that there are situations in which labour law constitutes and shapes the labour market precisely by articulating the interests and claims of workers as social rights» (Deakin 2019, 149). Ma anche in questa prospettiva resta evidente come l'apporto del CA rimanga confinato a un piano piuttosto astratto ed essenzialmente difensivo: di contenimento, potremmo dire, di approcci teorici – ormai, peraltro, in via di superamento anche in seno alle teorie economiche – che, almeno nelle punte più dogmatiche, tendono a delegittimare in radice il ruolo del diritto del lavoro e dei diritti sociali più in generale quali ostacoli all'efficiente funzionamento del mercato. Tanto è vero che oggi lo stesso Deakin propone di superare questa logica prevalentemente difensiva, già svolta dal *capability approach* nell'ambito della teoria economica del mercato del lavoro, per sostanziarne il rilievo in termini utili a dimostrare – in positivo – il decisivo contributo che il diritto del lavoro concretamente apporta allo sviluppo socioeconomico<sup>11</sup>.

Brian Langille, come in forma forse più discreta lo stesso Riccardo Del Punta, ha invece proposto un impiego dell'approccio seniano decisamente più ambizioso: più esteso e al contempo maggiormente incisivo, per interrogarsi sul significato e sulla funzione – sul senso, potremmo dire – del diritto del lavoro oggi. Secondo Langille, infatti, il ruolo potenziale del CA «is not simply to answer the dilemma for justice posed by our familiar account of history and current structure of our labour law. Rather its potential is greater: to force us to reconsider that basic structure» (Langille 2019b, 128).

L'obiettivo teorico è forse più contenuto – e in questo senso il ricorso al CA più discreto e selettivo – in RDP, ancorché anche nella sua originale elaborazione gli ambiti di rivisitazione dei fini e dei mezzi, che egli riteneva dovessero caratterizzare un diritto del lavoro profondamente rinnovato nelle sue stesse

<sup>11</sup> Quello che Deakin 2019, 155, chiama «the developmental role of labour law [...]: Seen in the wider context of what is known about the developmental outcomes, we can make some assessment of the long-run contribution of worker-protective labour law to economic development and growth».

premesse di valore<sup>12</sup>, vadano ben al di là della sfera del mercato del lavoro, per riguardare istituti centrali della disciplina del contratto e del rapporto. Per Del Punta il potenziale ricostruttivo (e riformistico) del CA investe, infatti, vaste aree della disciplina: anzi, come ebbe a rilevare nel suo contributo più organico e teoricamente impegnato sul tema, «the capability theory appears to have a comparative advantage, in that it potentially covers the most dynamic areas of labour law which presides over the discovery of the worker's subjectivity» (Del Punta 2019, 99).

In quello stesso contributo RDP ha fornito un'ampia esemplificazione degli ambiti di incidenza del CA (cfr. diffusamente Del Punta 2019, 94 sgg.), ponendo al centro l'idea-chiave della espansione degli spazi di libertà sostanziale e di autonomia – e in questo senso della soggettività individuale – del lavoratore: dal governo degli impatti (che, se ben guidati, possono avere appunto un forte potenziale liberatorio) della rivoluzione tecnologica in corso, con la nuova frontiera dell'industria 4.0, allo sviluppo di quelle forme contrattuali che meglio di altre possono avere un ruolo di *capability-enhancing*, come lo *smart working*, passando per un generale potenziamento della sfera di autonomia individuale e, con questa, della logica cooperativo-partecipativa che dovrebbe connotare i nuovi rapporti di produzione e di lavoro nella fabbrica «intelligente»<sup>13</sup>.

Questa originale e trasversale valorizzazione del CA nel diritto del lavoro ha però avuto bisogno di nutrirsi di altri apporti teorici – tratti ad esempio dal repubblicanesimo di Pettit (si veda Del Punta 2019, 93) e dalle teorizzazioni della economia sociale di mercato che RDP riconduceva all'ordoliberalismo di sinistra<sup>14</sup> – capaci di immettere nella teoria seniana quella dimensione assiologico-sostanziale, attenta ai valori sociali e solidaristici di cui è intessuto il diritto del lavoro, che è sicuramente assente nel modello originario, saldamente ancorato – come avremo modo di dire meglio tra breve – ai canoni dell'individualismo metodologico. Il *capability approach* di RDP è, in questo senso, assiologicamente «sostanziato», in quanto si presenta arricchito da «un'adeguata base valoriale improntata a un radicale liberalismo sociale» (Del Punta 2020, 55), come egli

<sup>12</sup> Come si legge in Del Punta 2020, 53, «la suggerita *reinterpretazione dei valori* deve dunque prendere le mosse dal comprendere che il compito della regolazione dovrà essere, sempre di più, quello di sostenere il lavoratore in queste vicende e transizioni, tramite un apparato di misure *capacitante*, ispirate a un'immagine dello stesso lavoratore non più (soltanto o prevalentemente) come paziente bensì come agente, in altre parole come *soggetto* del quale l'azione pubblica e quella collettiva debbono sostenere le competenze, lo spirito di iniziativa, la capacità di fare scelte, *ergo* l'autonomia collegata alla responsabilità» (corsivi nell'originale).

<sup>13</sup> Un ampio sviluppo, anche in termini di concrete proposte di politica del diritto, di questa linea di pensiero si trova poi in Caruso, Del Punta, Treu 2020, dove il personale apporto di Riccardo appare riconoscibilissimo soprattutto nelle premesse teorico-metodologiche che hanno ispirato il *Manifesto*. Per un aggiornamento pubblicato purtroppo ormai postumo si veda Caruso, Del Punta, Treu 2023. Per un ulteriore sviluppo di questi temi, in piena sintonia con l'impostazione di RDP, si veda anche Caruso, Zappalà 2022.

<sup>14</sup> Cfr. soprattutto Del Punta 2020, spec. 43-44; 2022a.

stesso ha definito la sua «terza via» tra neoliberismo e vecchia impostazione anti-mercato ancora coltivata dall'«ottica classicamente socialdemocratica, rapportabile in particolare al primo Sinzheimer» (Del Punta 2020, 36).

Appare invece più fedele all'originale l'attenzione dedicata sempre favorevolmente da RDP al *purposive approach* (PA) di Guy Davidov, non fosse altro perché questo approccio, pur non dissimulando ambizioni teoriche di portata generale<sup>15</sup>, si propone a ben vedere come un modello euristico-analitico con prevalenti finalità applicative. Introducendo il seminario fiorentino in cui il libro di Davidov è stato presentato in Italia, RDP ebbe subito a sottolineare il principale punto di forza di questo approccio, pur di per sé non particolarmente innovativo<sup>16</sup>, che consente di concettualizzare su una base analitica molto rigorosa la questione che appare al centro della crisi odierna del diritto del lavoro, ovvero il «mismatch between goals and means, with specific regard both to the coverage and obsolescence of labour law» (Del Punta 2017, 744). È in effetti questa possibilità di pervenire a una «general re-consideration of means and goals of labour law (synthetically, the purposive construction of the discipline)» (Caruso 2017, 749) il merito principale che anche gli altri partecipanti a quel seminario hanno riconosciuto, seppure taluni da posizioni critiche<sup>17</sup>, alla griglia analitica offerta dal PA di Guy Davidov. Ed è precisamente questo il punto in cui si realizza quella intersezione con la prospettiva rimediale alla quale ho fatto cenno in apertura.

### 3. Qualche spunto critico (con due esempi problematici)

Il PA di Davidov si presta in effetti molto bene a essere rivisitato nella prospettiva rimediale, come ha subito colto RDP. Se, infatti, anche quella prospettiva, per come è stata specificamente declinata nel più recente dibattito interno alla nostra disciplina (Zoppoli 2022, 91 sgg.), muove dal problema della insufficienza della logica della fattispecie, ricercando una risposta alla crisi dovuta al *mismatch* tra mezzi e fini del diritto del lavoro nella applicazione (selettiva) delle tutele lavoristiche in funzione dei bisogni concreti (anche) al di là del perimetro della subordinazione *stricto sensu*<sup>18</sup>, l'incontro con la proposta analitica del *purposive approach* appare quasi naturale. Il problema della estensione della protezione offerta dal diritto del lavoro oltre i confini tradizionali della nozione di subordinazione è, non a caso, al centro del libro di Davidov (2016, 115 sgg.).

<sup>15</sup> Per Perulli 2017, 759, «that book has the merit to develop an analytic path of a true general theory of labour law, applying rigorous juridical methodology, which does not concede much, or maybe nothing at all, to the dominant Economic Analysis of the Law; using a comparative approach that allows the Author to build a very ambitious analytical model, that I would define a meta-sate model, to be applied to all latitudes, even if, clearly, it is set mainly on the experience of common law and regards most of all the Anglophone doctrine».

<sup>16</sup> «There is nothing particularly new in giving centrality to the purposes (what we Italians refer to as the function of labour law)»: Del Punta 2017, 744.

<sup>17</sup> Le opinioni maggiormente critiche sono state espresse da Perulli 2017 e Rogowski 2017.

<sup>18</sup> Più di recente, soprattutto Perulli, Treu 2022.

Mi pare al riguardo particolarmente appropriato il riferimento a quello che può essere senz'altro considerato il principale e più influente apporto concreto di RDP alla prospettiva rimediabile, ovvero la sua interpretazione della controversa previsione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 come «norma di disciplina». Come ebbe famosamente a scrivere nel suo manuale, anticipando una lettura che sarebbe stata in sostanza poi fatta propria dalla Corte di cassazione nella altrettanto famosa sentenza n. 1663 del 2020, «alla stregua dell'art. 2, c. 1, per applicare a delle collaborazioni la disciplina del lavoro subordinato non è più necessario che il giudice accerti che sono sostanzialmente subordinate. È sufficiente, invece, che accerti che esse sono eterorganizzate, in quanto ciò gli consente di trattarle *come se fossero subordinate*. Il che contemporaneamente implica che, siccome la norma ha previsto, in queste situazioni, 'soltanto' (si fa per dire) l'applicazione della *disciplina* scaturente dall'art. 2094, c.c., essa ha presupposto che, a livello di *fattispecie*, quelle collaborazioni, benché 'quasi' subordinate, continuino formalmente a gravitare nel campo del lavoro autonomo. Il che, da un punto di vista pratico, non fa una gran differenza per le parti coinvolte, ma lo fa dal punto di vista della ricostruzione del sistema e dell'espansione dell'ambito disciplinare della subordinazione»<sup>19</sup>.

A me pare che questo decisivo contributo di RDP alla prospettiva rimediabile, poi appunto recepito anche dalla giurisprudenza<sup>20</sup>, sia anche un perfetto esempio di applicazione dell'approccio *purposive* al diritto del lavoro proposto da Guy Davidov. Più controverso, invece, come gli fece peraltro direttamente notare lo stesso Davidov (cfr. Davidov 2017, 785), è un altro esempio di applicazione del PA, pure suggerito da Riccardo, a sostegno questa volta della scelta – nella quale, come noto, ebbe un ruolo non meno importante come consulente giuridico dei Governi dell'epoca<sup>21</sup> – di abbandonare la reintegrazione nel posto di lavoro come tutela generale contro i licenziamenti illegittimi nel campo applicativo dell'art. 18 St. lav., per farne un rimedio tendenzialmente eccezionale, invocabile solo in ben circoscritte ipotesi tipizzate dal legislatore.

Nel già ricordato seminario fiorentino di presentazione del libro di Davidov, Del Punta rilevò come la questione della reintegrazione nel posto di lavoro – a suo dire così drammatizzata in Italia dai critici delle riforme del 2012 e del 2015 – fosse del tutto secondaria, per non dire irrilevante, nell'ottica del PA, dal quale deriverebbe una naturale preferenza per rimedi di carattere meramente compensativo<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Del Punta 2022b, 414. I corsivi sono nell'originale.

<sup>20</sup> Si veda da ultimo Trib. Milano, 19 ottobre 2023, n. 3237.

<sup>21</sup> Nel 2012 del Ministro del lavoro Fornero, nel Governo Monti, e nel 2014 e 2015 del Ministro Poletti, nel Governo Renzi.

<sup>22</sup> Del Punta 2017, 746-47: «Just one remark, from an Italian viewpoint, on footnote 196 concerning dismissals: The issue is not merely the availability of reinstatement as a remedy. This can be solved simply by awarding damages instead of reinstatement when the latter is inappropriate or impractical due to the personal nature of the relationship. The issue is more generally the right of an employer not to work side by side with the worker she dislikes. *Considering how long – during the last 15/20 years – Italy has been discussing the rule of reinstatement, this footnote could be intended as unintentionally ironic about the Italian domestic debate*».

Fu però lo stesso Davidov<sup>23</sup> a replicare, in coerenza con il PA, che, se la funzione fondamentale del diritto del lavoro resta quella di rimediare al *deficit* democratico tipico del rapporto di lavoro subordinato e alla conseguente vulnerabilità del lavoratore, allora la reintegrazione può e deve essere considerata, al contrario, il rimedio maggiormente appropriato contro l'abuso di potere datoriale in sede di licenziamento illegittimo.

Quest'ultimo esempio problematico offre lo spunto per svolgere qualche considerazione critica anche sull'originale apporto di RDP al *capability approach*. La posizione difesa da RDP in materia di rimedi contro il licenziamento illegittimo, in favore di un tendenziale superamento della reintegrazione salvo che nei casi di più grave abuso del potere di recesso, si giustifica, infatti, a mio avviso, alla luce non tanto del PA, come appena notato, quanto della sua personale lettura del CA. Il *capability approach*, infatti, come ha tra gli altri autorevolmente osservato Hugh Collins<sup>24</sup>, tra i più scettici sul suo utilizzo nella nostra materia, non appare adeguato a rispondere proprio a quella coesistente condizione di debolezza economica e di vulnerabilità sociale che deriva dal *deficit* democratico tipico del rapporto di lavoro subordinato (e, seppure in misura attenuata, di quello che esibisce i caratteri della dipendenza economica). Per quanto lo si sostanzia, come propone RDP, con il riferimento ai valori sociali tipici del diritto del lavoro, il CA rimane espressione di un pensiero economico completamente interno alle coordinate dell'individualismo metodologico di impronta neoclassica. È questo limite strutturale e in qualche modo congenito a renderlo inadatto a rispondere alle istanze di giustizia sociale cui il diritto del lavoro è ancora oggi – sia pure in un contesto economico completamente trasformato – chiamato a dare risposte, a tutela del lavoratore quale prototipo del «contraente debole»<sup>25</sup>.

In questo senso, Collins muove alla inadeguatezza strutturale del CA tre obiezioni che anche a me paiono difficilmente superabili, pur con i correttivi proposti da RDP<sup>26</sup>. La prima – e fondamentale – è che «the emphasis on freedom and capabilities fails to achieve what any theory of labour law has to achieve: to explain why the ordinary law of contract should not apply to the employment relation, or put the point another way, why labour law should not be regarded solely as a market relation; or, in another manner of speaking, why labour should not be treated like a commodity». La seconda, corollario della prima, è che il CA «does not offer a view of what permanent institutional structures are the kind of just arrangements that are needed to secure the basic elements of justice in society. It therefore cannot offer a view on whether basic labour laws such as freedom of association, the right to work, or the protection from unjust dismissal are requirements of justice». E infine la terza, e non meno im-

<sup>23</sup> Cfr. Davidov, 785.

<sup>24</sup> Cfr. Collins 2019 nonché, in termini sostanzialmente analoghi, lo stesso Davidov 2019.

<sup>25</sup> Nella dottrina italiana si veda per tutti Rusciano 2014.

<sup>26</sup> Cfr. ancora Collins 2019, rispettivamente 28, 32 e 33, da cui sono tratte le citazioni testuali che seguono.

portante, relativa alla sostanziale assenza nel CA di una preoccupazione per la giustizia distributiva, per cui – facendo di nuovo mie le parole di Collins – «it would not provide a justification for what I regard as some of the essential ingredients of a labour law system such as laws on collective bargaining, minimum wage, and equal pay».

#### 4. Una breve riflessione conclusiva

Sulla scia di quanto appena osservato sui limiti intrinseci del CA applicato al diritto del lavoro, posso così finalmente concludere questo mio personale omaggio alla memoria di Riccardo con un'ultima riflessione di carattere metodologico, già in passato rivolta in garbata critica a talune delle posizioni assunte negli scritti dai quali questo contributo ha preso le mosse<sup>27</sup>. È, questa che sto per riproporre a mo' di conclusione<sup>28</sup>, una critica se si vuole ancor più radicale di quella mossa da Collins al *capability approach*, perché investe, al fondo, se non la stessa possibilità, di certo l'utilità di un ricorso a questa come ad altre teorie o filosofie a fini che sono in definitiva puramente pratico-applicativi, sia quando hanno a che vedere con le opzioni interpretative del diritto del lavoro *as it stands*, sia quando si proiettano – come nel caso di RDP – in una esplicita prospettiva di riforma degli assetti normativi vigenti.

Ho già sottolineato come RDP abbia dovuto sostanziare una propria versione del CA per poterne trarre le conseguenze – su varie aree del diritto del lavoro – che pure ho sopra ricordato. Stando alla critica di Collins, si tratta di un tentativo che non possiamo ritenere riuscito, se non a patto di fuoriuscire in realtà dal CA, che come tale è inadatto a fornire risposte adeguate ai problemi per i quali è invocato, semplicemente perché affronta il tema della libertà e della autonomia (della riscoperta della «soggettività» del lavoratore, per usare l'espressione di RDP) senza curarsi a sufficienza della asimmetria di potere contrattuale tra le parti e delle negative conseguenze distributive che questa comporta sulle capacità e i conseguenti «funzionamenti» ottenibili dal soggetto debole del rapporto di scambio. Un esempio piuttosto evidente di questa inadeguatezza strutturale del CA – che può semmai aiutare a meglio inquadrare e concettualizzare sul piano istituzionale le dinamiche di funzionamento del mercato de lavoro, contro l'analisi economica di impronta neoclassica – viene dalla disciplina del licenziamento, che sfugge in sostanza alle preoccupazioni dell'approccio, che concede al più con *benign neglect* una naturale predilezione per i rimedi puramente indennitari.

Approfondendo questa critica, si può sostenere come, volendo rimanere coerenti con il CA, debba in definitiva ritenersi piuttosto arbitraria qualunque conseguenza pratica o applicativa si voglia da esso trarre in termini di concreta configurazione delle regole del diritto del lavoro. Spostata su questo piano, pe-

<sup>27</sup> Si veda Giubboni 2018 e Fontana, Giubboni 2020.

<sup>28</sup> Cfr. da ultimo, volendo, anche Giubboni 2022, 722-24.

rò, la critica si radicalizza, perché finisce per contestare l'utilizzo stesso del CA, come di qualsiasi altra teoria o dottrina filosofica, in vista di quei concreti fini applicativi e di politica del diritto per i quali viene più o meno ingegnosamente piegata. Né il CA né il PA né qualunque altra teoria della giustizia, più o meno ampia che sia, alla quale si faccia ricorso, possono in altri termini sfuggire – è questo il succo della critica che ho espresso a Riccardo nelle occasioni nelle quali ho avuto più di recente la fortuna di tornare ad aprire la mente alla sua intelligenza acuta e profonda<sup>29</sup> – alla necessità di dar conto di quelle che, nel nostro campo di lotta per il diritto, restano scelte di carattere politico, assunte sulla base di concrete preferenze ideologiche nel contesto di determinati rapporti di potere.

#### Riferimenti bibliografici

- Caruso, B. 2017. "A Purposive Labour Law: In Dialogue with Guy Davidov." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 749-57.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona" [https://www.csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto\\_Caruso\\_Del\\_Punta\\_Treu.pdf](https://www.csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf).
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona" [https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto\\_Caruso\\_Del\\_Punta\\_Treu\\_2023.pdf](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf).
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta, 29-79, Firenze: Firenze University Press.
- Collins, H. 2019. "What Can Sen's Capability Approach Offer to Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 21-41. Oxford: Oxford University Press.
- Collins, H., Lester, G., Mantouvalou, V. 2018. "Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?" In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di Hugh Collins, Gillian Lester e Virginia Mantouvalou, 1-30. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2017. "Defending A Purposive Approach to Labour Law: A Reply to Comments." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 781-90.

<sup>29</sup> Mi piace rammentare – redendo pubblico un caro ricordo personale – che la mia conoscenza di Riccardo risale a quasi trent'anni fa, avendolo incontrato per la prima volta in un'occasione conviviale al convegno dell'AIDLASS che si svolse a Gubbio nel 1994 (a margine del quale mi venne conferito il «Premio Barassi»). Poi la frequentazione per me decisiva – sul piano accademico e personale – riprese a partire dal 2002, quando venni chiamato come professore associato nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze. E sempre nel 2002 Riccardo fece parte, con Silvana Sciarra, Colin Crouch e Maximilian Fuchs, della commissione giudicatrice davanti alla quale sostenni la difesa della mia tesi dottorale all'Istituto Universitario Europeo. Riccardo ha avuto quindi una presenza costante e generosa, per quanto discreta, in passaggi fondamentali della mia vita accademica e personale, che mi accompagnerà sempre nel suo ricordo: non smetterò di essergli grato.

- Davidov, G. 2019. "The Capability Approach and Labour Law. Identifying the Areas of Fit." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 42-61. Oxford: Oxford University Press.
- Deakin, S. 2019. "The Capability Approach and the Economics of Labour Law." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 143-58. Oxford: Oxford University Press.
- Deakin, S. Wilkinson, F. 2000. "Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali." *Il diritto del mercato del lavoro* 2: 317-334.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 3-45.
- Del Punta, R. 2002. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e diritto*: 349-54.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e diritto*: 37-57.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32: 383-405.
- Del Punta, R. 2017. "On A Purposive Approach to Labour Law by Guy Davidov. Introduction." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 743-48.
- Del Punta, R. 2018. "Il metodo di Giuseppe Pera." *RIDL* I: 155-166.
- Del Punta, R. 2019. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 82-102. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2020a. "Una lettura giuslavoristica di *The Future of Law & Economics*, di Guido Calabresi." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 129-142.
- Del Punta, R. 2020b. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta e Tiziano Treu, 27-62, Bologna: il Mulino.
- Del Punta, R. 2022a. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta, 21-8, Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2022b. *Diritto del lavoro* (quattordicesima edizione). Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Fontana, G., Giubboni, S. 2020. "Flexicurity, precarietà e disegualianza nel diritto del lavoro italiano." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, e Tiziano Treu, 281-309. Bologna: il Mulino.
- Giubboni, S. 2018. "Flexi-insecurity all'italiana." *Rivista critica del diritto privato*: 207-26.
- Giubboni, S. 2022. "Il dibattito recente sul futuro del diritto del lavoro in Italia. Impressioni di lettura." *Rivista del diritto della sicurezza sociale*: 707-28.
- Granaglia, E. 2022. *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*. Roma e Bari: Laterza.
- Ichino, P. 2022. "Ricordo di Riccardo Del Punta." *RIDL* I: 435-43.
- Langille, B. 2019a. "Introduction. The Capability Approach to Labour Law – Why Are We Here?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 1-18. Oxford University Press: Oxford.
- Langille, B. 2019b. "What is Labour Law? Implications of the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 122-40. Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. 2019. "Labor Law and the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 62-81. Oxford: Oxford University Press.
- Perulli, A. 2017. "A Purposive Approach to Labour Law by Guy Davidov: A Comment." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 759-72.
- Perulli, A, Treu, T. 2022. "In tutte le sue forme e applicazioni." *Per un nuovo Statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Rogowski, R. 2017. "The Purposive Approach Assessed from a Reflexive Labour Law Perspective. Comments on *A Purposive Approach to Labour Law* by Guy Davidov". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 773-79.
- Rusciano, M. 2014. *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Sen, A. 2000. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (trad. it.). Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2010. *L'idea giustizia* (trad. it.). Milano: Mondadori.
- Zoppoli, A. *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.